CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 13 november 1990 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De vraag van het Arbeitsgericht Hamburg zal voor het Hof aanleiding zijn om zijn gevestigde rechtspraak betreffende de toepassing van het gemeenschapsrechtelijk beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op deeltijdwerknemers in herinnering te brengen.

2. De feiten zijn u bekend. H. Nimz is sedert 1 januari 1977 personeelslid van de Freie und Hansestadt Hamburg. Sedert 1 januari 1983 werkt zij twintig uur per week en is zij ingedeeld in salarisgroep IV b, categorie 1 a, van de collectieve arbeidsovereenkomst voor arbeidscontractanten in openbare dienst (Bundesangestelltentarifvertrag; hierna: BAT). Na zes jaar anciënniteit in die rang worden personeelsleden in salarisgroep IV b, categorie 2 ingedeeld. Op 28 januari 1988 wees de administratie van de stad Hamburg echter haar verzoek om indeling in salarisgroep IV b, categorie 2, af. Deze afwijzing was gebaseerd op paragraaf 23 a, BAT, waarin is bepaald, dat de anciënniteit van een arbeidscontractant met ten minste drie vierde van de normale arbeidsduur van een voltijds werkende arbeidscontractant *volledig* wordt meegeteld, en die van een arbeidscontractant met ten minste de helft doch minder dan drie vierde van de arbeidsduur van een voltijds werkend arbeidscontractant *voor de helft*. Deze bepalingen van het BAT zijn per 1 januari 1988 gewijzigd, maar daarbij is geen rekening gehouden met eerder opgebouwde anciënniteit. Om die reden betoogde Nimz voor het Arbeitsgericht Hamburg, dat deze bepalingen in strijd waren met artikel 119 EEG-Verdrag.

3. Het Arbeitsgericht heeft zich tot het Hof gewend met twee prejudiciële vragen betreffende de verenigbaarheid met artikel 119 EEG-Verdrag van een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst als de hiervoor genoemde, respectievelijk de gevolgen van een eventuele onverenigbaarheid gelet op de wilsautonomie van partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst.

4. In de eerste vraag wordt gerefereerd aan thans vaste rechtspraak van het Hof.[1] Wordt ten aanzien van deeltijdwerknemers een discriminerende maatregel genomen, dan is er sprake van schending van het beginsel van gelijke behandeling, wanneer wordt aangetoond dat die maatregel veel meer vrouwen dan mannen treft of andersom, tenzij wordt bewezen dat bedoelde maatregel zijn

„verklaring vindt in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht".[2]

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Arresten van 31 maart 1981, zaak 96/80, Jenkins, Jurispr. 1981, blz. 911; 13 mei 1986, zaak 170/84, Bilka, Jurispr. 1986, blz. 1607; 13 juli 1989, zaak 171/88, Rinner-Kühn, Jurispr. 1989, blz. 2743; 13 december 1989, zaak C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Jurispr. 1989, blz. 4311; 27 juni 1990, zaak C-33/89, Kowalska, Jurispr. 1990, blz. I-2591.

2 — Zaak 170/84, reeds aangehaald, r. o. 30 en dictum.

Zo heeft het Hof de uitsluiting van deeltijdwerknemers van een bedrijfspensioenregeling onverenigbaar met het gemeenschapsrecht verklaard[3], evenals de uitsluiting van deeltijdwerknemers van het recht op doorbetaling van loon bij ziekte[4] of van een overgangstoelage wegens beëindiging van een dienstbetrekking[5], voorts een verschil in uurloon ten opzichte van voltijdwerknemers[6] en ten slotte een verschil in de berekening van uitkeringen bij arbeidsongeschiktheid.[7]

5. Zowel voor artikel 119 EEG-Verdrag[8] betreffende de gelijke behandeling inzake beloning als voor richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978[9] betreffende de sociale-zekerheidsuitkeringen[10] is de rechtspraak identiek; ik zie dan ook niet in, waarom zij niet zou kunnen worden uitgebreid tot de toegang tot het arbeidsproces en de arbeidsvoorwaarden, waar het beginsel van gelijke behandeling is ingevoerd bij richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976.[11] Er moet echter worden nagegaan, of in casu paragraaf 23 a BAT de beloning betreft, en dus onder artikel 119 EEG-Verdrag valt, dan wel de arbeidsvoorwaarden, zodat richtlijn 76/207/EEG van toepassing is.

3 — Zaak 170/84, reeds aangehaald.

4 — Zaak 171/88, reeds aangehaald; voor een commentaar op dit arrest, zie J. Shaw, *European Law Review*, december 1989, blz. 428.

5 — Zaak C-33/89, reeds aangehaald.

6 — Zaak 96/80, reeds aangehaald.

7 — Zaak 102/88, reeds aangehaald.

8 — Zaken 96/80, 170/84, 171/88 en C-33/89, reeds aangehaald.

9 — Betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (PB 1979, L 6, blz. 24).

10 — Zaak 102/88, reeds aangehaald.

11 — Betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB 1976, L 39, blz. 40).

6. Mijns inziens ligt de eerste oplossing voor de hand. De betrokken bepaling regelt enkel de evolutie van de bezoldiging van de werknemer tijdens zijn carrière; zij regelt niet de toekenning van andere voordelen, zoals extra betaald verlof, leningen tegen voordelige rente of de toegang tot hogere functies; deze voordelen behoren tot de arbeidsvoorwaarden. Nu paragraaf 23 a BAT uitsluitend in een salarisverhoging voor werknemers met een zekere anciënniteit voorziet, heeft deze bepaling mijns inziens uitsluitend betrekking op de beloning. De onderhavige situatie moet dus worden getoetst aan artikel 119. De zaak zou overigens niet anders worden beslist volgens richtlijn 76/207/EEG, aangezien Nimz artikel 3, lid 1, daarvan had kunnen inroepen.

7. Het lijdt nauwelijks twijfel, dat deeltijdwerknemers vergeleken met voltijdwerknemers worden gediscrimineerd, omdat als voorwaarde voor overgang naar een hogere salarisgroep *twee keer zoveel anciënniteit* wordt verlangd.

8. Bovendien zijn volgens de verwijzingsbeschikking meer dan 90% van de werknemers met minder dan drie vierde van de normale arbeidstijd van een voltijdwerknemer vrouwen, en daalt dit percentage tot 55% wanneer de arbeidstijd langer is dan drie vierde van die van een voltijdwerknemer.

9. De vraag is, of dit verschil zijn verklaring vindt „in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met dis-

criminatie op grond van geslacht". De Duitse en de Britse regering evenals de stad Hamburg geven het Hof in overweging hierop niet in te gaan, omdat volgens de rechtspraak van het Hof de nationale rechter ter zake bevoegd is.

10. Het komt mij evenwel voor, dat deze rechtspraak genuanceerder is. In het arrest Bilka overwoog het Hof, dat

„het... aan de nationale rechterlijke instantie, die bij uitsluiting bevoegd is om de feiten te beoordelen, (staat) om uit te maken of, en zo ja, in welke mate de redenen die door een werkgever worden aangevoerd ter verklaring van een salarisbeleid..., als objectief gerechtvaardigde economische redenen kunnen worden beschouwd". [12]

In het arrest Rinner-Kühn daarentegen wees het Hof het argument van de Duitse regering, dat

„werknemers die minder dan tien uur per week of 45 uur per maand werken, niet in dezelfde mate in het bedrijf zijn geïntegreerd en van het bedrijf afhankelijk zijn als andere werknemers" [13],

van de hand, omdat

„deze overwegingen ... niet meer (zijn) dan generaliserende uitspraken ten aanzien van bepaalde categorieën werknemers. Er kunnen geen objectieve criteria uit worden afgeleid die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht". [14]

11. Ook al ligt het niet op de weg van het Hof de feiten te beoordelen, toch verzet mijns inziens niets zich ertegen, dat het in voorkomend geval verklaart, dat te algemene argumenten niet als objectieve criteria kunnen worden beschouwd.

12. In de onderhavige zaak betoogt de stad Hamburg, dat voltijdwerknemers door hun werk vlugger bekwaamheden en vaardigheden verwerven dan deeltijdwerknemers. [15] De Duitse regering wijst op de grotere ervaring van voltijdwerknemers. [16]

13. De Commissie merkt evenwel terecht op [17], dat ingevolge het BAT de beloning niet evenredig is aan de anciënniteit, nu werknemers met ten minste drie vierde van de normale arbeidstijd van voltijdwerknemers, op één lijn worden gesteld met deze laatsten. Voorts overwoog het Hof met betrekking tot het criterium anciënniteit in het arrest Danfoss [18], dat

„het... een benadeling van vrouwelijke werknemers ten opzichte van hun mannelijke collega's tot gevolg (kan) hebben, voor zover vrouwen hun intrede op de arbeidsmarkt later doen dan mannen of hun loopbaan vaker moeten onderbreken. Aangezien anciënniteit en beroepservaring evenwel hand in hand gaan en een werknemer met

12 — Zaak 170/84, reeds aangehaald, r. o. 36.
13 — Zaak 171/88, reeds aangehaald, r. o. 13.
14 — Zaak 171/88, reeds aangehaald, r. o. 14.
15 — Schriftelijke opmerkingen, blz. 12.
16 — Schriftelijke opmerkingen, blz. 7.
17 — Schriftelijke opmerkingen, blz. 11.
18 — Arrest van 17 oktober 1989, zaak 109/88, Jurispr. 1989, blz. 3199.

meer beroepservaring in de regel beter is toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden, mag de werkgever anciënniteit belonen zonder dat hij behoeft aan te tonen, wat het belang ervan is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden". [19]

14. Wel zou men het nodig kunnen achten, rekening te houden met anciënniteit die niet in jaren maar in uren is uitgedrukt, zoals de Britse regering voorstelt, voor zover het althans gaat om de overgang naar *een andere functie* met nieuwe verantwoordelijkheden, die bijgevolg een zekere ervaring veronderstelt. In casu heeft de vereiste anciënniteit uitsluitend tot gevolg dat overgang naar een hogere salarisgroep mogelijk wordt, zonder dat dit gepaard gaat met een wijziging van de functies van de betrokkene. Dat in werkelijke arbeidsuren uitgedrukte ervaring in aanmerking wordt genomen, is dus niet als een objectieve rechtvaardiging te beschouwen.

15. De situatie ware wellicht anders, wanneer het om een bevordering en daarmee om de toegang tot een hogere post ging, met andere taken en nieuwe verantwoordelijkheden. Zelfs in een dergelijk geval moet naar ik meen de aard van de betrokken functie in aanmerking worden genomen — ervaring is voor een betrekking bij het onderhoudspersoneel niet zo doorslaggevend als voor die van hoofd van een administratieve dienst — en kan in een dergelijke aangelegenheid geen genoegen worden genomen met een algemene en abstracte regel. Het zou dan aan de nationale rechter staan om overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel na te gaan, of het, gelet op de aard van de uitgeoefende functie, werkelijk noodzakelijk is, de uit de anciënniteit voortvloeiende ervaring in aanmerking te nemen.

16. Ten slotte herinner ik eraan, dat het verschil in behandeling heeft opgehouden te bestaan ingevolge de wijziging van de betrokken bepalingen per 1 januari 1988, en dat zoals de Duitse regering in haar schriftelijke opmerkingen zelf opmerkt [20], deze wijziging om financiële redenen geen terugwerkende kracht heeft. Deze financiële overwegingen zijn zeker niet te verwaarlozen, maar mogen geen voorrang krijgen op het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers.

17. In ieder geval verliest het argument van de Duitse regering [21], dat voltijdwerknemers sneller ervaring opdoen, door de wijziging van 1988 elke pertinentie.

18. Ik geef mitsdien het Hof in overweging niet alleen de beginselen van zijn vroegere rechtspraak in herinnering te brengen, maar ook erop te wijzen, dat algemene overwegingen inhoudende dat voltijdwerknemers meer ervaring hebben dan deeltijdwerknemers, geen voldoende duidelijke en objectieve criteria zijn, die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

19. De tweede vraag is naar de inhoud gelijk aan die welke dezelfde rechterlijke instantie in de zaak Kowalska [22] aan het Hof

19 — Rechtsoverweging 24.

20 — Blz. 4.

21 — Schriftelijke opmerkingen, blz. 6.

22 — Zaak C-33/89, reeds aangehaald.

heeft gesteld. In mijn conclusie [23] in die zaak heb ik opgemerkt, dat het arrest Defrenne II [24], voor zover daarin is erkend, dat artikel 119 EEG-Verdrag zowel op wettelijke bepalingen als op cao-bepalingen van toepassing is en daarin de erkenning van de rechtstreekse werking van dat artikel in de tijd is beperkt, noodzakelijkerwijs ervan uitgaat, dat de nationale rechter op de benadeelde groep de cao-bepalingen moet toepassen waarvan deze tot dan toe was uitgesloten. Het Hof heeft zich bij mijn opvatting ter zake aangesloten, waar het overwoog,

„dat in geval van indirecte discriminatie in een collectieve arbeidsovereenkomst de leden van de door die discriminatie benadeelde groep... recht hebben op dezelfde behandeling en toepassing van dezelfde regeling als de andere werknemers". [25]

20. Zoals ik reeds heb opgemerkt [26], hebben partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst de vrijheid om de desbetreffende bepalingen van het BAT te herzien (en zelfs om het recht op een uitkering voor alle werknemers af te schaffen), zolang er maar geen ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt tussen voltijd- en deeltijdwerknemers. In geen enkel opzicht wordt inbreuk gemaakt op de wilsautonomie van partijen; bij de uitoefening daarvan dient alleen rekening te worden gehouden met de verplichting, aan het communautaire beginsel van gelijke behandeling te voldoen.

21. Ten slotte nog een opmerking over de mogelijkheid dat het Hof de gevolgen van het in deze zaak te wijzen arrest in de tijd beperkt, gelijk dat in het arrest Defrenne II is gebeurd. Ik denk dat het de voorkeur verdient dit in casu niet te doen. De rechtstreekse werking van artikel 119 is in het gemeenschapsrecht erkend sinds 1976. Bij de onderhandelingen over collectieve arbeidsovereenkomsten kunnen de sociale partners de vereisten van dit artikel derhalve niet buiten beschouwing laten. Mijns inziens behoeft het Hof derhalve niet op grond van overwegingen van rechtszekerheid de gevolgen van zijn arrest in de tijd te beperken. In het arrest Kowalska heeft het Hof dit overigens evenmin gedaan.

22. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, voor recht te verklaren:

„1) Artikel 119 EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen de toepassing van een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst volgens welke alleen de anciënniteit van deeltijdwerknemers voor de overgang

23 — Punt 20.

24 — Arrest van 8 april 1976, zaak 43/75, Jurispr. 1976, blz. 455.

25 — Zaak C-33/89, reeds aangehaald, r. o. 20.

26 — Conclusie in zaak C-33/89, reeds aangehaald, punt 23.

naar een hogere salarisgroep niet volledig in aanmerking wordt genomen, wanneer blijkt dat aanzienlijk minder mannen dan vrouwen deeltijds werken, tenzij de werkgever aantoont dat die bepaling haar rechtvaardiging vindt in objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

2) Wanneer een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst een indirecte discriminatie oplevert, hebben de leden van de door die discriminatie benadeelde groep recht op dezelfde behandeling en toepassing van dezelfde regeling als de andere werknemers, waarbij die regeling, zolang aan artikel 119 EEG-Verdrag niet naar behoren uitvoering is gegeven, het enige juiste referentiekader blijft."